

WYROK
z dnia 26 maja 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący : Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **21 maja 2015 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **11 maja 2015 r.** przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie **Konsorcjum firm: 1) „Bud-Invent” Sp. z o.o. (Lider); 2) „Pamar” Sp. z o.o., ul. Palisadowa 20/22, 01-940 Warszawa (Partner), z adresem na rzecz lidera konsorcjum: ul. Łowicka 19, 02-574 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Uniwersytet Jagielloński - Collegium Medicum, ul. Św. Anny 12, 31-008 Kraków**

przy udziale wykonawców **Konsorcjum Firm: 1) ECM Group Polska S.A (Lider); 2) Portico Project Management Sp. z o.o. i Wspólnicy S. K, ul. Gdańska 27/31, 01-633 Warszawa (Partner); 3) IDOM Ingeniería y Consultoria SA, Avenida de Zaradoa 23, Bilbao, Hiszpania (Partner) z adresem dla siedziby lidera konsorcjum: ul. Rondo ONZ 1, 00-124 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie:

- a) nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z 30.04.2015 r., nakazuje Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert w ramach, której nakazuje Zamawiającemu powtórzenie czynności wezwania Przystępującego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia dokumentów potwierdzających umocowanie Pana M. W. do zawarcia w imieniu IDOM Ingeniería y Consultoria SA umowy konsorcjum wskazującej na wolę wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia;**

1

b) w zakresie pozostałych zarzutów oddala odwołanie.

- 2. kosztami postępowania obciąża Uniwersytet Jagielloński - Collegium Medicum, ul. Św. Anny 12, 31-008 Kraków i:**

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **Konsorcjum firm: 1) „Bud-Invent” Sp. z o.o. (Lider); 2) „Pamar” Sp. z o.o., ul. Palisadowa 20/22, 01-940 Warszawa (Partner), z adresem na rzecz lidera konsorcjum: ul. Łowicka 19, 02-574 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania;

- 2.2. zasądza zapłatę kwoty w wysokości 18 598 zł 98 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy pięćset dziewięćdziesiąt osiem złotych dziewięćdziesiąt osiem groszy) przez **Uniwersytet Jagielloński - Collegium Medicum, ul. Św. Anny 12, 31-008 Kraków** na rzecz **Konsorcjum firm: 1) „Bud-Invent” Sp. z o.o. (Lider); 2) „Pamar” Sp. z o.o., ul. Palisadowa 20/22, 01-940 Warszawa (Partner), z adresem na rzecz lidera konsorcjum: ul. Łowicka 19, 02-574 Warszawa** która to kwota stanowi koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zwrotu kosztów wpisu wliczonego w poczet kosztów postępowania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 9 sierpnia 2013 r. poz. 907 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa

Przewodniczący:

.....

2

Sygn. akt: KIO 983/15

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu ograniczonego na: „Świadczenie usług Inwestora zastępczego w ograniczonym zakresie dla realizacji inwestycji pn. „Nowa siedziba Szpitala Uniwersyteckiego UJ CM Kraków - Prokocim”; Nr referencyjny sprawy: DZP/CM/242/3-10/ZP/14, zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2014/S 080-140149 z 24.04.2014 r., przez Uniwersytet Jagielloński - Collegium Medicum, ul. Św. Anny 12, 31-008 Kraków zwany dalej: „Zamawiającym”.

W dniu 30.04.2015 r. (e-mailem) Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej Konsorcjum Firm: 1) ECM Group Polska S.A. (Lider); 2) Portico Project Management Sp. z o.o. i Wspólnicy S. K, ul. Gdańska 27/31, 01-633 Warszawa (Partner); 3) IDOM Ingenieria y Consultoria SA, Avenida de Zaradoa 23, Bilbao, Hiszpania (Partner) z adresem dla siedziby lidera konsorcjum: ul. Rondo ONZ 1, 00-124 Warszawa zwanego dalej: „Konsorcjum ECM” albo „Przystępującym”. Drugą pozycję w rankingu złożonych ofert zajęło: Konsorcjum firm: 1) „Bud-Invent” Sp. z o.o. (Lider) 2) „Pamar” Sp. z o.o., ul. Palisadowa 20/22, 01-940 Warszawa (Partner), z adresem na rzecz lidera konsorcjum: ul. Łowicka 19, 02-574 Warszawa zwane dalej: „Konsorcjum Bud-Invent” albo „Odwołującym”.

W dniu 11.05.2015 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Konsorcjum Bud-Invent wniosło odwołanie na czynność z 30.04.2015 r. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 11.05.2015 r. (wpływ bezpośredni do Kancelarii Zamawiającego). Zarzucił Zamawiającemu naruszenie: art. 24 ust. 2 pkt. 2); art. 89 ust. 1 pkt. 2), 4) i 8); art. 90 ust. 3 oraz art. 7 ust. 1 Pzp. Wnosił o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

1. Powtórzenia czynności badania i oceny ofert;
2. Wykluczenia z przedmiotowego postępowania Konsorcjum ECM oraz uznania oferty wzmiankowanych Wykonawców za odrzuconą;
3. Odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum ECM;
4. Powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty
5. Dokonania wyboru, jako najkorzystniejszej, złożonej przez nas oferty;

W pierwszej kolejności, zgodnie z pkt 10.1 ppkt. 4) SIWZ, oferta winna zawierać, m. in., odpis umowy konsorcjum, o ile Wykonawcy wspólnie ubiegają się o zamówienie, przy

3

czym odpis ów zostanie następnie załączony do Umowy w sprawie zamówienia jak załącznik 6 („Odpis umowy konsorcjum”). Konsorcjum z liderem „ECM Group Polska” S.A. złożyło odpis Umowy konsorcjum zawartej w dniu 22.05.2014 r. pomiędzy „ECM Group Polska” S.A., IDOM Ingenieria y Consultoria S.A. oraz „Portico Project Management” Sp. z o.o., którą podpisali:

- za „ECM Group Polska” S.A. - Pan A. D.;
- za „Portico Project Management” Sp. z o.o. - Pan B. P.;
- za IDOM Ingenieria y Consultoria S.A. - Pan M. W. .

Zamawiający, pismem z 23.04.2015 r. zwrócił się, w związku z wcześniej otrzymanymi wyjaśnieniami wezwał wzmiankowanych Wykonawców występujących wspólnie do uzupełnienia pełnomocnictwa na podstawie, którego Pan M. W. zawarł w imieniu IDOM Ingenieria y Consultoria S.A. umowę konsorcjum (Umowa Konsorcjum – zał. nr 4 do niniejszego odwołania; pismo Zamawiającego z 23.04.2015 r. – zał. nr 5 do niniejszego odwołania). W odpowiedzi na to pismo - „ECM Group Polska” S.A. przekazał pismem z 24.04.2015 r., pełnomocnictwo dla Pana M. W. wystawione w Warszawie, w dniu 30.03.2015 r. przez Pana O. R. G. w imieniu IDOM Ingenieria y Consultoria S.A. (pismo

Konsorcjum z 24.04.2015 r. wraz z przekazanym pełnomocnictwem zał. Nr 6 do niniejszego odwołania). Z kolei, z udzielonych wcześniej wyjaśnień (pismo „ECM Group Polska” S.A. z 21.04.2015 r., stanowiące odpowiedź na wezwanie Zamawiającego do udzielenia wyjaśnień z 17.04.2015 r.), wynikało, że Pan M. W. przy zawieraniu umowy Konsorcjum działał na podstawie oświadczenia, iż dysponuje stosownym pełnomocnictwem, zaś lider Konsorcjum („ECM Group Polska” S.A.) zwrócił się do IDOM Inżynieria y Consultaria S.A. o przedstawienie w tym zakresie stosownego dokumentu potwierdzającego umocowanie do działania Pana M. W.; jednocześnie lider Konsorcjum poprosił Zamawiającego o wyznaczenie terminu na uzupełnienie pełnomocnictwa zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp. Istotne jest, przy tym iż złożone w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia pełnomocnictwo, zostało wystawione w dniu 30.03.2015 r., podczas, gdy sama umowa konsorcjum została zawarta w dniu 22.05.2014 r.

Tym samym, należy uznać, że:

1. bezspeczne jest, iż do oferty nie załączono prawidłowego pełnomocnictwa dla Pana M. W. do podpisania umowy konsorcjum (przyznał to sam lider Konsorcjum prosząc o wyznaczenie terminu na uzupełnienie pełnomocnictwa);
2. bezspeczne jest, iż w momencie podpisywania umowy Konsorcjum Pana M. W. nie przedstawił pełnomocnictwa, lecz jedynie złożył oświadczenie (w nieustalonej formie), że stosowne pełnomocnictwo posiada (przyznał to sam lider Konsorcjum);
3. nie sposób zaprzeczyć, iż złożone przez Konsorcjum w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia pełnomocnictwo dla Pana M. W. zostało wystawione wiele miesięcy po

4

dokonaniu czynności do której dokonania miało umocowywać, przy czym należy zauważyć, że data wystawienia pełnomocnictwa (30.05.2015 r.) różni się od daty zawarcia umowy konsorcjum nie tylko oznaczeniem roku, ale także oznaczeniem miesiąca oraz dnia miesiąca, co w sposób jednoznaczny wskazuje, iż nie miała miejsca omyłka pisarska.

Tym samym, należy przyjąć, iż:

- w momencie podpisywania umowy konsorcjum Pan M. W. nie był umocowany do jej zawarcia, a więc wzmiankowana umowa nie została zawarta w sposób wywołujący skutki prawne;
- w momencie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu Pan M. W. również nie był umocowany do reprezentowania IDOM Inżynieria y Consultoria S.A., w zakresie wystarczającym dla skutecznego zawarcia umowy konsorcjum;
- w momencie składania oferty oraz w momencie upływu terminu do składania ofert, Pan M. W. również nie był umocowany do reprezentowania IDOM Inżynieria y Consultoria S.A., w zakresie wystarczającym dla skutecznego zawarcia umowy konsorcjum;
- z okoliczności wynika, iż Pan M. W. składając oświadczenie „ECM Group Polska” S.A. o posiadaniu pełnomocnictwa (umocowania) do zawarcia umowy konsorcjum, twierdził nie prawdę (oświadczenie nie było zgodne ze stanem faktycznym, nie było zgodne z rzeczywistością).

A zatem, z treści dokumentów dotyczących przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jednoznacznie wynika, że uzupełnione pełnomocnictwo nie odnosiło się do stanu faktycznego czy prawnego aktualnego, ani na dzień upływu terminu do składania wniosków do udziału w postępowaniu, ani na dzień upływu terminu do składania ofert. Trzeba zaś zauważyć, iż celem instytucji uzupełnienia jest umożliwienie dostarczenia dokumentów potrzebnych do stwierdzenia stanu faktycznego czy prawnego aktualnego na dzień upływu terminu do składania wniosków do udziału w postępowaniu, bądź na dzień upływu terminu do składania ofert.

W przedmiotowym przypadku, uzupełnienie doprowadziło do uzyskania przez Zamawiającego jednoznacznych i nie budzących wątpliwości podstaw do odrzucenia złożonej oferty złożonej przez Konsorcjum ECM. Trzeba bowiem wziąć po uwagę, iż: po pierwsze - oferta została złożona przez Wykonawców występujących wspólnie, których współpraca (nie mówiąc nawet o jej zasadach), nie miała żadnych podstaw umownych (w istocie jeden z podmiotów nie zaciągnął żadnego zobowiązania), a zatem jest to oferta nieważna; po drugie - umowa konsorcjum winna być załącznikiem do przyszłej umowy, a zatem miała stanowić integralną część oferty, rozumianej jako oświadczenie woli zawarcia umowy (brak wiążącej umowy to więc niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia).

Jak wynika z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, Zamawiający ma obowiązek odrzucić ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści SIWZ, z wyjątkiem sytuacji, gdy wzmiankowana niezgodność stanowi omyłkę, która nie powoduje istotnych zmian w treści oferty. Z kolei, zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp, Zamawiający ma obowiązek odrzucić ofertę, jeżeli jest ona nieważna na podstawie odrębnych przepisów.

W następnej kolejności, zgodnie z art. 26 ust. 3 zdanie 1. Pzp, Zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

Zauważył, że cel powołanego przepisu, w tym przede wszystkim, względy ekonomiki postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób jednoznaczny przemawia za przyjęciem, iż wezwanie do uzupełnienia może być dokonane tylko jeden raz z danego (tego samego) powodu. Nie jest, zatem dopuszczalne dokonanie ponownego wezwania. Należy nadmienić, iż, jak stwierdziła KIO, w wyroku z 28.01.2010 r. wydanym w sprawie o sygn. akt: KIO/UZP 1847/09 - wielokrotne uzupełnianie dokumentów lub oświadczeń, zgodnie z ugruntowanym stanowiskiem orzecznictwa, nie znajduje uzasadnienia.

Przy tym zauważył, iż, w przedmiotowym przypadku, powtórne wezwanie byłoby dodatkowo niecelowe, gdyż, podniesione już w niniejszym odwołaniu, okoliczności faktyczne, wskazują na przebieg czynności dotyczących /rzekomego/ umocowania Pana M. W., jakie miały miejsce po stronie konsorcjum /przyjęcie „na warę” oświadczenia o posiadaniu pełnomocnictwa (umocowania); brak faktycznego umocowania; wydanie pełnomocnictwa po upływie terminu składania ofert w reakcji na wezwanie do uzupełnienia/.

Następnie, w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zostały złożone cztery oferty: oferta Konsorcjum z liderem „ECM Group Polska” S.A. z ceną 3 444 000,00 zł brutto; oferta Getinsa Inżynieria S.l. z ceną 7 491 000,00 zł brutto, nasza oferta z ceną 7 648 755,00 zł brutto oraz oferta Ove Arup & Partners International Ltd. Sp. z o.o. z ceną 10 760 655,00 zł brutto. Zamawiający, pismem z 27.04.2015 r., zwrócił się do Konsorcjum z liderem „ECM Group Polska” S.A. o udzielenie wyjaśnień oraz złożenia dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w celu ustalenia czy złożona oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. We wzmiankowanym piśmie wskazał, m. in., iż zaoferowana przez Konsorcjum cena jest niższa o 55 % od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert w przedmiotowym postępowaniu oraz jest niższa o 48 % od wartości szacunkowej

zamówienia podstawowego. Trzeba wziąć pod uwagę, iż przedmiotowe zamówienie publiczne ma być wykonywane w terminie od momentu zawarcia umowy do dnia 31.12.2019 r. /pkt 4 SIWZ/, a jednocześnie wymaga poniesienia szeregu kosztów, w tym kosztów zatrudnienia szeregu specjalistów o wysokich kwalifikacjach. Zgodnie z pkt 6.1.1 wzoru umowy, stanowiącego Załącznik Nr 3 do SIWZ: „Inwestor Zastępczy jest zobowiązany do wykonywania Umowy w pełnym wymiarze za pomocą zespołu ekspertów wskazanych w odpowiedzi na Ogłoszenie Inwestora Zastępczego, w tym w szczególności ekspertów z zakresu projektowania, robót budowlanych i sprzętu medycznego, wymienionych w Załączniku Nr 2 (Członkowie Zespołu Inwestora Zastępczego), przy czym w każdym wypadku Inwestor Zastępczy jest zobowiązany do zapewnienia dostępności i dyspozycyjności członków Zespołu Inwestora Zastępczego w liczbie odpowiedniej i adekwatnej do zadań wykonywanych w danym czasie.”.

Zatem, w istocie ostateczna wysokość kosztów jakie będzie trzeba ponieść, będzie zdeterminowana przez faktyczne potrzeby związane z realizacją zadania inwestycyjnego pn. „Nowa siedziba Szpitala Uniwersyteckiego UJ CM Kraków - Prokocim”. Skoro zaś:

- w trwającym długo (około 4,5 roku) procesie inwestycyjnym może wystąpić wiele zdarzeń (o charakterze technicznym lub innym) trudnych, a nawet niemożliwych do przewidzenia;
- istnieje potencjalną możliwość, iż personel Wykonawcy robót budowlanych czy

podwykonawców, może postępować w sposób wadliwy, pomimo dołożenia przez nadzór inwestorski i inne zaangażowane przez Inwestora Zastępczego osoby najwyższej możliwej staranności,

to oczywiste jest, że ceny zaoferowane w przedmiotowym postępowaniu winny uwzględniać odpowiednią rezerwę, a przy ich kalkulacji nie sposób zakładać iż przez okres tak długi, jak około 4,5 roku nie wystąpią żadne problemy czy zakłócenia procesu inwestycyjnego. Warto nadmienić, iż takie założenie podważałoby, w znacznym stopniu, sens świadczenia usługi polegającej na pełnieniu funkcji Inwestora Zastępczego, gdyż, wobec braku problemów czy zakłóceń, Zamawiający, jako inwestor (inwestor bezpośredni) mógłby zapewnić odpowiedni nadzór czy zarządzanie przy pomocy własnego personelu (ewentualnie personelu poszerzonego w wyniku rekrutacji).

Co prawda, Konsorcjum ECM złożyło wyjaśnienia elementów cenotwórczych, które zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, tym niemniej, w przedmiotowym przypadku, nie sposób wykazać, że cena zaoferowana przez wzmiankowane Konsorcjum nie jest ceną rażąco niską. Warto zauważyć, iż jak wynika z poglądów prezentowanych w orzecznictwie: - Z treści złożonych przez wykonawcę wyjaśnień powinno bezspornie wynikać, że realizacja tego zamówienia nie będzie poniżej kosztów przedsiębiorcy /wyrok KIO w sprawie o sygn. akt: KIO/UZP 516/09/;

7

- W każdym przypadku zamawiający wyjaśniając, czy zaoferowana cena nie jest rażąco niską, powinien odpowiedzieć sobie na pytanie: czy za zaproponowaną kwotę wykonawca jest w stanie zrealizować zamówienie. W procesie oceny oferty wykonawcy pod kątem zaoferowania rażąco niskiej ceny uzyskanie odpowiedzi na tak zadane pytanie ma kluczowe znaczenie /wyrok KIO w sprawie o sygn. akt: KIO 2547/11/;

- Dla zakwalifikowania oferty do dalszego postępowania nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień odpowiednio umotywowanych przekonujących, że zaproponowana cena nie zawiera rażąco niskiej ceny. /wyrok SO w Warszawie z 5.01.2007 r., sygn. akt: V Ca 2214/06/;

- W myśl art. 90 ust. 3 Pzp, zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. W dyspozycji tegoż przepisu znajduje się również sytuacja, kiedy wykonawca złożył wyjaśnienia, ale wyjaśnienia te są zbyt ogólnikowe, by ocenić, czy zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Zważyć należy, iż nie chodzi tu bowiem o złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz takich wyjaśnień, które w sposób nie budzący wątpliwości pozwalają na ocenę oferty pod względem zaoferowania rażąco niskiej ceny. /wyrok KIO z 20.02.2012 r., sygn. akt: KIO 109/12, sygn. akt: KIO 125/12/;

- Wykonawca, zgodnie z przepisem art. 90 ust. 3 Pzp - jest zobowiązany wykazać - udowodnić - wystąpienie wyjątkowych, obiektywnych okoliczności nie dostępnych w sposób standardowy innym wykonawcom, które to okoliczności mają wpływ na cenę w taki sposób, iż ich wystąpienie pozwoliło wykonawcy zaoferować cenę niższą niż szacowana przez zamawiającego wartość zamówienia jak i ceny oferowane przez innych wykonawców. /wyrok KIO z 10.01.2013 r., sygn. akt: KIO 2797/12/.

Należy również zauważyć, iż jak wynika z poglądów prezentowanych w doktrynie: Ciężar dowodu w odniesieniu do rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy, który powinien udowodnić, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska; Zamawiający zaś ma obowiązek dokonania krytycznej oceny złożonych wyjaśnień, co oznacza, że musi dokonać ich oceny merytorycznej z punktu widzenia zawartych w nich odpowiedzi na postawione przez siebie żądania (por. Babiarsz S., Czarnik Z., Janda P., Pełczyński P.: Prawo zamówień publicznych. Komentarz., W-wa 2010, s. 429).

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Z kolei, jak wynika z art. 90 ust. 3 powołanej ustawy, zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

8

Następnie, Jak wynika z postanowień rozdziału 9 SIWZ, w przedmiotowym postępowaniu było wymagane wniesienie wadium w wysokości 200 000 PLN (słownie: dwieście tysięcy złotych, 0/100), przy czym, zgodnie z postanowieniami tego rozdziału, m.in.:

- Wykonawca, którego oferta nie będzie zabezpieczona wadium lub gdy wadium zostanie wpłacone po upływie terminu składania ofert zostanie wykluczony z postępowania /pkt. 5), zdanie 1./;
- Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli Wykonawca, którego oferta została wybrana nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy /pkt. 8), ppkt. b)/.

Konsorcjum z liderem „ECM Group Polska” S.A., złożyło Ubezpieczeniową gwarancję zapłaty wadium Nr 02GG37/0027/15/0007 z 09.04.2015 r., wystawioną przez InterRisk Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. Vienna Insurance Group, z której postanowień wynika, że zapłata kwoty 200 000,00 zł jest zagwarantowana nieodwołalnie i bezwarunkowo, m. in., w przypadku, gdy Zobowiązany, którego oferta została wybrana nie wniesie zabezpieczenia należytego wykonania umowy na zasadach określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Jest to istotna wada i odstępstwo od wymogów ustanowionych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, gdyż „wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy na zasadach określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia” odnosi się do sposobu, form, terminu wniesienia, nie zaś do wszystkich wymogów dotyczących tego zabezpieczenia (zwłaszcza zaś nie odnosi się do wysokości zabezpieczenia). Tym samym, w przypadku, gdyby zostało wniesione zabezpieczenie należytego wykonania umowy w wysokości niższej, aniżeli wynika to z wymogu postawionego w pkt 15.1 SIWZ (czyli w wysokości niższej, niż równowartość 5 % ceny ofertowej), interesy Zamawiającego nie byłyby zabezpieczone. Nie sposób, uznać takiej sytuacji za akceptowalną na gruncie postanowień SIWZ czy przepisów Pzp. Złożenie zaś wadliwego wadium, trzeba traktować, jako równoznaczne z niezłożeniem wadium w ogóle, gdyż celem wzmiankowanych przepisów nie jest ustanowienie obowiązku wniesienia jakiegokolwiek wadium, lecz wadium spełniającego wymogi wynikające z art. 46 ust. 4a i 5 pzp.

Jednocześnie, należy wziąć pod uwagę, że, zgodnie z pkt 9.8 ppkt. b) SIWZ, cyt. „Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli Wykonawca, którego Oferta została wybrana nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy”.

Z kolei, jak wynika z poglądów wyrażonych w orzecznictwie:

- Obligatoryjnym elementem treści gwarancji jest wskazanie „zabezpieczonego rezultatu”, co następuje przez wskazanie okoliczności, których zaistnienie będzie powodem żądania zapłaty przez beneficjenta ziszczenia się gwarancji (zatrzymania wadium). Określenie zabezpieczonego rezultatu powinno nastąpić zgodnie z dyspozycją art. 46 ust. 4a i 5 Pzp. Jakiegokolwiek odstępstwa w kształtowaniu rezultatu zabezpieczenia, które zawężają zakres

9

odpowiedzialności gwaranta w stosunku do formuły zawartej w art. 46 ust. 4a i 5 Pzp, należy uznać za nieprawidłowe. (wyrok KIO z 01.12.2009 r. sygn. akt: KIO/UZP 1583/09);

- Postanowienia SIWZ są wiążące zarówno dla Wykonawców jak i dla Zamawiającego i mogą być interpretowane wyłącznie w sposób literalny, tj. zgodny z regułami znaczeniowymi języka polskiego (wyrok KIO z 16.12.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 1412/08).

Tym samym, nie jest dopuszczalna (uprawniona) taka interpretacja SIWZ, która umożliwiała by uznanie wadium złożonego przez konsorcjum w liderem „ECM Group Polska” S.A. za zgodne z wymaganiami postawionymi w jej treści. Co najważniejsze zaś, jakiegokolwiek odstępstwa w kształtowaniu zabezpieczonego rezultatu od dyspozycji art. 46 ust. 4a i 5 Pzp są niedopuszczalne. Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy nie wnieśli wadium do upływu terminu składania ofert, na przedłużony okres związania ofertą lub w terminie, o którym mowa w art. 46 ust. 3, albo nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofertą.

Odnośnie, wadliwość czynności badania i oceny ofert skutkująca, bezpodstawnym zaniechaniem wykluczenia Konsorcjum ECM oraz bezpodstawnym zaniechaniem odrzucenia oferty złożonej przez wzmiankowanych Wykonawców, pociąga za sobą wadliwość czynności wyboru najkorzystniejszej oferty. W przypadku, bowiem prawidłowego przeprowadzenia badania i oceny ofert, złożona przez nas oferta zostałaby uznana za najkorzystniejszą. Zatem, nie ulega wątpliwości, iż istnieje potrzeba powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

Naruszenie przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 Pzp (zasada równego traktowania

wykonawców oraz zasada przygotowania i prowadzenia postępowania w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej konkurencji), polegało, w szczególności na nieuzasadnionym zaniechaniu wykluczenia Konsorcjum ECM i uznania złożonej przez nich oferty za odrzuconą, a także na nieuzasadnionym zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej /rzekomo/ przez wzmiankowanych Wykonawców. Tymczasem rygory związane z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego winny być wiążące jednakowo dla wszystkich uczestników, a także dla Zamawiającego.

Zamawiający w dniu 11.05.2015 r. wezwał (e-mailem) wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 9 sierpnia 2013 r. poz. 907 z późn. zm.) zwanej dalej: „Pzp”, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 14.05.2015 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Konsorcjum ECM zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz

10

Odwołującemu.

Do otwarcia posiedzenia Zamawiający wobec wniesienia odwołania do Prezesa KIO nie wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedzi na odwołanie.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz Przystępującego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający do jego złożenia odwołania. Odwołujący, którego oferta zajęła drugą pozycję w rankingu złożonych ofert, w przypadku potwierdzenia się podnoszonych zarzutów względem oferty najkorzystniejszej, ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Odnosząc się do kwestii braku interesu w uzyskaniu zamówienia, z uwagi na brak środków finansowych na wybór oferty Odwołującego, na co wskazywał Zamawiający w swojej odpowiedzi na odwołanie oraz Przystępujący w swoim piśmie procesowym złożonymi na posiedzeniu, Izba wskazuje na następujące okoliczności.

Zgodnie z protokołem DRUK ZP-PO wartość szacunkowa zamówienia to 8 100 000,00 PLN netto, w tym wartość zamówienia uzupełniającego: 2 700 000,00 PLN netto. Kwota, jaka Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia: 9 963 000,00 PLN brutto, w tym zamówienie podstawowe: 6 642 000,00 PLN brutto, zaś uzupełniających: 3 321 000,00 PLN brutto. Oferta Odwołującego: 7 648 755,00 PLN brutto, a Przystępującego 3 444 000,00 PLN brutto.

Izba wskazuje, że stanowisko Zamawiającego w tym zakresie ma charakter przedwczesny i umocowanie w tym wypadku znajduje się w gestii władz finansowych Uczelni, tak zgoda, jak i odmowa zwiększenia środków. Złożoną na rozprawie deklarację można jedynie rozpatrywać jako wstępną deklarację wymagającą potwierdzenia przez Kwestor. Należy zauważyć, że Wykonawca ma prawo domagać się przeprowadzenia czynności oceny złożonych ofert, jak i samego wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z przepisami Pzp. Ewentualne unieważnienie postępowania, byłoby natomiast czynnością następczą, po wyborze oferty najkorzystniejszej i podlegałoby kontroli ze strony Wykonawców, w ramach środków ochrony prawnej. Podobnie w wyroku KIO z 18.06.2013 r., sygn. akt: KIO 1338/13, czy też wyroku KIO z 02.04.2014 r., sygn. akt: KIO 568/14.

11

Dodatkowo, działania Zamawiającego może w aktualnej sytuacji procesowej rodzić wątpliwość, czy nie jest przejawem taktyki procesowej, tym bardziej że Zamawiający wiedział o terminie rozprawy i mógł uzyskać stosowny dowód od władz finansowych Uczelni. W tym bowiem wypadku, należy wziąć pod uwagę, daleko idące skutki, ewentualnego uznania braku interesu, w tym brak rozpatrzenia merytorycznego zarzutów odwołania.

Odnosząc się do kwestii de facto braku wskazania w odwołaniu zarzutów, tak w petitum, jak i w dalszej części odwołania, a w konsekwencji wynikającego z niego wniosku Przystępującego o oddalenie odwołania (Przystępujący w swoim piśmie procesowym złożonym na posiedzeniu). Izba uznała powyższy wniosek za pozbawiony podstaw, albowiem nie mamy do czynienia tylko i wyłącznie z przytoczeniem przepisów, ale przedstawieniem okoliczności faktycznych wypełniających znamiona naruszenia. W ocenie Izby, jako potwierdzeniem słuszności powyższej tezy, jest fakt, że ani Przystępujący, ani Zamawiający nie mieli jakichkolwiek problemów z identyfikowaniem zarzutów wobec wyboru oferty najkorzystniejszej z 30.04.2015 r.

Względem spóźnionego charakteru zarzutów dotyczących wniosku Przystępującego o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, jak i zaproszenia Przystępującego do składnia ofert (z uwagi na dwu-etapowy charakter postępowania przetargowego w trybie przetargu ograniczonego), a w konsekwencji wynikającego z niego wniosku Przystępującego o oddalenie odwołania (Przystępujący w swoim piśmie procesowym złożonym na posiedzeniu oraz na rozprawie). W tym zakresie, Izba częściowo przychyliła się do stanowiska Przystępującego, w szczególności co do zarzutów sformułowanych w ramach dodatkowego pisemnego stanowiska Odwołującego złożonego na posiedzeniu. Odnosnie, zaś zarzutów wynikających w tym kontekście z odwołania – w zakresie naruszenia art. 89 ust.1 pkt 8 Pzp – Izba uznała, że stanowisko Przystępującego wynika z jego sytuacji procesowej, albowiem – okoliczności dotyczące braku dostatecznego wykazania umocowania pomiędzy członkami konsorcjum były wynikiem – żądania złożenia umowy konsorcjum na etapie składnia ofert. Dopiero w wyniku powyższego wymogu, który z racji nie zaskarżenia postanowień SIWZ stał się wymogiem wiążącym, pojawiła się okoliczność będąca podstawą sformułowanego przez Odwołującego zarzutu, także w kontekście wcześniejszych etapów postępowania.

Skład orzekający Izby działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności postanowień SIWZ, protokołu postępowania DRUK ZP-PO, treść wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, oferty Przystępującego (w szczególności umowy konsorcjum z 22.05.2014 r. oraz kopii ubezpieczeniowej gwarancji zapłaty wadium Nr

12

02GG37/0027/15/0007 z 09.04.2015 r. wystawioną przez InterRisk Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. Vienna Insurance Group), wezwania do wyjaśnień z 17.04.2015 r., wyjaśnień Przystępującego z 21.04.2015 r., wezwania w trybie art. 26 ust. 3 Pzp z 23.04.2015 r., uzupełnienia z 24.04.2015 r. wraz z załączonym pełnomocnictwem z 30.03.2015 r., wezwania w trybie art. 90 ust. 3 Pzp z 27.04.2015 r., wyjaśnień z 28.04.2015 r. (tajemnica przedsiębiorstwa) wraz załączonymi tabelami dotyczącymi wartości oferty ogółem brutto w układzie budżetowym oraz kalkulacyjnymi miesiącami realizacji przy uwzględnieniu czasowo-procentowego zaangażowania uczestnika projektu (tajemnica przedsiębiorstwa) oraz wyboru oferty najkorzystniejszej z 30.04.2015 r.

Nadto, Izba dopuściła jako dowód w sprawie złożone na posiedzeniu przez Przystępującego wraz z pismem procesowym: 1) kopię umowy nr 90/127/0001/2/Z/I (12.09.2012 r.) na zarządzanie i pełnienie nadzoru nad modernizacją linii nr 8, na odcinku Warszawa Okęcie – Radom w ramach projektu POIiŚ 7.1-19.1 „Modernizacja Linii kolejowej Nr 8, odcinek Warszawa Okęcie Radom” na okoliczność istnienia ścisłych relacji biznesowych i kontaktów między liderem konsorcjum Przystępującego – spółka ECM, a IDOM Inżynieria y Consultoria S.A. – spółką hiszpańską. 2) kopie dokumentu rejestrowego IDOM Inżynieria y Consultoria S.A. – spółką hiszpańską załączonego do oferty oraz przedłożonego na posiedzeniu – na okoliczność - pkt 9 dotyczy m.in. spółki /umowa 12.09.2012 r./, która została następnie przejęta przez spółkę będącą członkiem konsorcjum (27.11.2013 r.).

Izba nie dopuściła jako dowodu złożone na posiedzeniu przez Przystępującego wraz z pismem procesowym: porozumienia do umowy konsorcjum - dokument – w trzech oddzielnych egzemplarzach - z 04.05.2015 r. z uwagi na okoliczności wskazane w ramach rozpatrywanego pierwszego zarzutu.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także odwołanie, przystąpienie, odpowiedź na odwołanie, pismo procesowe Przystępującego oraz dodatkowe pisemne stanowisko Odwołującego (wszystkie ostatnie trzy pisma) złożone

na posiedzeniu, stanowiska i oświadczenia stron oraz Przystępującego złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie przedmiotowego odwołania:

W zakresie odwołania, Izba przywołuje stan faktyczny wskazany w odwołaniu, w tym postanowienia SIWZ, przystąpieniu, odpowiedź na odwołanie, pismo procesowe Przystępującego oraz dodatkowe pisemne stanowisko Odwołującego (wszystkie ostatnie trzy

13

pisma) złożone na posiedzeniu, protokołu postępowania DRUK ZP-PO, treść wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, oferty Przystępującego (w szczególności umowy konsorcjum z 22.05.2014 r. oraz kopii ubezpieczeniowej gwarancji zapłaty wadium Nr 02GG37/0027/15/0007 z 09.04.2015 r. wystawioną przez InterRisk Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. Vienna Insurance Group), wezwania do wyjaśnień z 17.04.2015 r., wyjaśnień Przystępującego z 21.04.2015 r., wezwania w trybie art. 26 ust. 3 Pzp z 23.04.2015 r., uzupełnienia z 24.04.2015 r. wraz z załączonym pełnomocnictwem z 30.03.2015 r., wezwania w trybie art. 90 ust. 3 Pzp z 27.04.2015 r., wyjaśnień z 28.04.2015 r. (tajemnica przedsiębiorstwa) wraz załączonymi tabelami dotyczącymi wartości oferty ogółem brutto w układzie budżetowym oraz kalkulacyjnymi miesiącami realizacji przy uwzględnieniu czasowo-procentowego zaangażowania uczestnika projektu (tajemnica przedsiębiorstwa) oraz wyboru oferty najkorzystniejszej z 30.04.2015 r. Odnosząc się do poszczególnych kwestii spornych w ramach rozpatrywania poszczególnych zarzutów.

Biorąc pod uwagę ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

Odnosnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego: 1) art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp wobec złożenia oferty przez Przystępującego tworzącego konsorcjum Wykonawców, których współpraca nie miała żadnych podstaw umownych, brak stosownego umocowania; 2) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez złożenie wiążącej umowy konsorcjum do oferty, która nie stanowiła faktycznej woli zawarcia umowy, Izba uznała, że zarzut niniejszy potwierdzi się jedynie w zakresie naruszenia pierwszego przepisu, co do braku na etapie wyboru oferty najkorzystniejszej wykazania przez Przystępującego podstaw, tj. umocowania w zakresie tworzenia konsorcjum przez wszystkich jego członków.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, że odwołanie została uwzględniona albowiem zgodnie z art. 191 ust. 2 Pzp wydając wyrok bierze pod uwagę „*stan rzeczy ustalony w toku postępowania*”. Zaś sformułowanie „*w toku postępowania*” odnosi się do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Powyższego nie zmienia przepis art. 190 ust. 1 zd 2 Pzp, zgodnie z którym strony mogą przedstawiać dowody na poparcie swych twierdzeń do zamknięcia rozprawy. Oznacza to jedynie tyle, że wprawdzie dowody strony mogą składać aż do zamknięcia rozprawy, jednakże mogą one dotyczyć tylko takiego stanu rzeczy, który został ustalony w toku postępowania. W ww. zakresie podzielono w pełni stanowisko przedstawione w wyroku SO w Poznaniu z 08.01.2014 r., sygn. akt: X Ga 652/13. Jednocześnie podkreślić należy, że przyjęcie przeciwnego poglądu oznaczałoby de facto, że ocena oferty Przystępującego dokonana zostałaby, po raz pierwszy dopiero przez Izbę. Z tej przyczyny, Izba nie wzięła pod uwagę złożonego na posiedzeniu przez Przystępującego

14

wraz z pismem procesowym – *Porozumienia do umowy konsorcjum z 04.05.2015 r.* Powyższa okoliczność była kluczowa dla uwzględnienia powyższego odwołania.

Izba stoi także na stanowisko, że wezwanie z 23.04.2015 r. w trybie art. 26 ust.3 Pzp wystosowane przez Zamawiającego do Przystępującego było zasadne z uwagi na konieczność wykazania umocowania p. Marcina Wardy do reprezentowania IDOM Inżynieria y Consultoria SA w zakresie jednego z członków konsorcjum w kontekście złożonej umowy konsorcjalnej albowiem w związku z jej przedłożeniem wraz z ofertą pojawiła się konieczność generalnego wykazania woli wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia. Jednakże w ocenie Izby samo wezwanie zostało sformułowane w sposób wadliwy i sugerujący, że

należało potwierdzić powyższy stan na termin składania ofert, nadto dotyczyło stricte pełnomocnictwa. W rezultacie otrzymane przez Zamawiającego pełnomocnictwo z 30.03.2015 r. było niewystarczające, także w kontekście wezwania do wyjaśnień z 17.04.2015 r. oraz otrzymanych odpowiedzi od Przystępującego z 21.04.2015 r. Przy czym, Izba stoi na stanowisku, że z uwagi na wadliwość pierwotnego wezwania z 23.04.2015 r., które miało charakter sugerujący i wprowadzający w błąd, konieczne jest powtórzenie czynności wezwania w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. W takiej sytuacji nie będzie bowiem mowy o kolejnym wezwaniu (nie będzie miało miejsca naruszenie art. 26 ust.3 zdanie 1 Pzp – jak błędnie sugeruje Odwołujący), ale powtórzeniu wezwania z uwagi na wadliwy charakter pierwotnego wezwania z 23.04.2015 r., które Izba uznaje za „niebyłe”. Z tej przyczyny, konieczne jest wezwanie w trybie art. 26 ust.3 Pzp zgodnie z treścią sentencji celem potwierdzenia wykazania woli wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia przez wszystkich członków konsorcjum na termin składania wniosków.

Izba podziela stanowisko Przystępującego oparte na wyroku KIO z 06.04.2011 r., sygn. akt: KIO 636/11: *„Zgodnie z art. 104 k.c. jednostronna czynność prawna dokonana w cudzym imieniu bez umocowania lub z przekroczeniem jego zakresu jest nieważna. Jednakże, gdy ten, komu zostało złożone oświadczenie woli w cudzym imieniu, zgodził się na działanie bez umocowania, stosuje się odpowiednio przepisy o zawarciu umowy bez umocowania. Zatem będzie tu miał zastosowanie art. 103 k.c. W myśl jego postanowień, jeżeli zawierający umowę (składający kwestionowane przez Odwołującego oświadczenie), jako pełnomocnik nie ma umocowania, ważność umowy (oświadczenia) zależy od jego potwierdzenia przez osobę, w której imieniu umowa została zawarta (oświadczenie zostało złożone). Powyższe potwierdza Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 11 sierpnia 2005 r., Sygn. akt V CK 865/04, zgodnie z którym „przepis art. 103 § 1 k.c. dotyczy wprost tylko umów, natomiast o dopuszczalności jego odpowiedniego zastosowania do jednostronnych czynności prawnych działywanych przez rzekomego pełnomocnika przesądza wystąpienie*

15

przesłanki, o której stanowi art. 104 zd. drugie k.c. Dopiero gdy osoba trzecia zgodzi się na działanie bez umocowania - stosuje się odpowiednio art. 103 k.c.”(…)”. Istnieje, jednakże konieczność potwierdzenia czynności pełnomocnika „działającego bez upoważnienia” przez mocodawcę w związku z udzielonym pełnomocnictwem, co winno nastąpić w trybie prawidłowego wezwania w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, niniejsze powinno mieć miejsce w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, Izba nie może uznać dokumentu złożonego na posiedzeniu. Niezbędne jest bowiem przedłożenie pisemnego dokumentu potwierdzającego stosowne umocowanie w toku badania i oceny ofert.

W zakresie naruszenia art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp, Izba nie widzi podstaw do uznania naruszenia postanowień SIWZ w zakresie pkt 10.1.4 w kontekście zastrzeżenia znajdującego się na końcu powyższej jednostki redakcyjnej (pkt 10.1 SIWZ). W ocenie, Izba umowa konsorcjum ma charakter dokumentu regulującego podział wewnętrznych obowiązków pomiędzy jego członkami i nie jest elementem oświadczenia skierowanego wobec Zamawiającego. Należy także przyznać racje Zamawiającemu, że nie było w postanowieniach SIWZ fragmentu odnoszącego się sensu stricte do konieczności załączenia do wymaganej umowy konsorcjum pełnomocnictwa. Izba przypomina, że obowiązek złożenia umowy konsorcjum pojawił się dopiero na etapie składania ofert. Powyższą okoliczność, Izba także wzięła pod uwagę przy rozpatrywaniu przedmiotowego zarzutu, jak i całego odwołania.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak na wstępie.

Odnośnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 90 ust. 3 Pzp w zw. z art. 89 ust.1 pkt 4 Pzp, tj. zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego z uwagi na zaoferowanie ceny rażąco niskiej, Izba uznała w/w zarzut za niezasadny.

W tym zakresie, Izba wzięła pod uwagę wezwania w trybie art. 90 ust. 3 Pzp z 27.04.2015 r. oraz wyjaśnienia z 28.04.2015 r. (tajemnica przedsiębiorstwa) wraz załączonymi tabelami dotyczącymi wartości oferty ogółem brutto w układzie budżetowym oraz kalkulacyjnymi miesiącami realizacji przy uwzględnieniu czasowo-procentowego zaangażowania uczestnika projektu (tajemnica przedsiębiorstwa). Zgodnie z wnioskiem

Odwołującego, Izba przeanalizował treść złożonych wyjaśnień. Z uwagi na ich charakter wskazując ogólnie co następuje. Wykonawca w ramach wyjaśnień odnosi się wprost do tego, że w ramach szacowania zaoferowanej ceny wziął pod uwagę terminy realizacji, zakres obowiązków Personelu oraz ryzyko wynikające ze specyfiki usługi, czy też sposób płatności wskazany w SIWZ. Nadto podobnie, jak w sprawie zakończonej wyrokiem KIO z 12.01.2012 r., sygn. akt: KIO 2704/11, KIO 2707/11 przewidział stałe wynagrodzenie: „(...) umowy zawarte z ekspertami mają charakter ryczałtowy, co oznacza, że

16

wynagrodzenie ekspertów zostało ustalone z góry i obejmuje wykonanie całokształtu prac a przyjmujący zamówienie nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru i kosztów pracy (art. 632 § 1 k.c.).” Nadto, stawki przewidziane obejmują koszty dodatkowego personelu, gwarancji ubezpieczeniowej, rezerwy oraz zysku. Uwzględnił też kwestie gwarancji lub polis ubezpieczeniowych na zabezpieczenie realizacji kontraktu. Podobnie zaplecze biurowo-logistyczne, kwestie obsługi prawnej także w zakresie Zespołu specjalistów ds. zamówień publicznych. Nadto, Izba uwzględniła okoliczność tego rodzaju, że eksperci będą pracowali na rzecz Zamawiającego, ale ich praca nie ma charakteru pracy na wyłączność przez 60 miesięcy – pkt 6.1.3 należy rozpatrywać w kontekście pkt 6.1.1 i 6.1.2 przyszłej umowy. W zakresie postanowień umowy konsorcjum z 22.05.2014 r. należy uznać, że nie ma ona charakteru przesądzającego, a jej elementy wskazywane przez Odwołującego mają w dużej mierze charakter standardowy. Brak jest też podstaw do uznania na ich podstawie oderwania zaoferowanej ceny przez Przystępującego od opisu przedmiotu zamówienia i wymagań kontraktowych Zamawiającego. W tym zakresie, Izba uznała za przesądzające wyjaśnienia udzielone przez Przystępującego w stosownym trybie z 28.04.2015 r. (tajemnica przedsiębiorstwa) wraz załączonymi tabelami.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak na wstępie.

Odnosnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp poprzez złożenie przez Przystępującego kopii ubezpieczeniowej gwarancji zapłaty wadium Nr 02GG37/0027/15/0007 z 09.04.2015 r. wystawionej przez InterRisk Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. Vienna Insurance Group obarczonej wadą, Izba uznała w/w zarzut za niezasadny i podlegający oddaleniu.

Izba podzieliła stanowisko Przystępującego, co do tego, że gwarancja ubezpieczeniowa przedstawiona jako wadium (w kopii), nie musi w sposób dosłowny powielać dyspozycje art. 46 ust.4 a i 5 Pzp. Powyższe wynika tak z orzecznictwa KIO, jak i wyroku SO w Lublinie z 29.06.2009 r., sygn. akt: IX GA 109/09, czy też wyroku SO we Wrocławiu z 09.04.2009 r., sygn. akt: X Ga 81/09. Odwołujący cytuje fragment powyższej gwarancji w odwołaniu nie wskazując dlaczego uznaje, że sformułowanie: „(...) na zasadach określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.” - może dotyczyć jedynie sposobu, formy i terminu, ale nie wysokości zabezpieczenia. Jednakże decydującym czynnikiem uznania bezzasadności zarzutu jest okoliczność tego rodzaju, że powyższy fragment poprzedza sformułowanie: „(...) niniejszym gwarantuje nieodwołanie i bezwarunkowo zapłatę kwoty 200 000 złotych (...) z tytułu zatrzymania wadium w związku z zaistnieniem co najmniej jednego z przypadków określonych w ustawie Prawo zamówień

17

publicznych z dnia 29 stycznia 2004 r. wraz z późniejszymi zmianami, tj.: (...).”

W konsekwencji dopiero zbiorcze, a nie wybiórcze odczytywanie całości niniejszych fragmentów kopii gwarancji ubezpieczeniowej pozwala odczytać rezultat objęty jego dyspozycją.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak na wstępie.

Odnosnie zasadność zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 91 ust. 1 Pzp oraz art. 7 ust.1 Pzp, Izba uznała że z uwagi na potwierdzenie się zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp oraz wadliwość wezwania w trybie art. 26 ust.3 Pzp, wadliwy jest wybór oferty najkorzystniejszej z 30.04.2015 r.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba uwzględniła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, a także w oparciu o § 5 ust. 2 pkt 1 i ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a i pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r. Nr 41, poz. 238). Izba uznała wniosek Odwołującego o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.598,98 zł, zgodnie z przedłożonym rachunkiem (§ 3 pkt 2 lit. b w/w rozporządzenia).

Przewodniczący:

.....